

VU Research Portal

De kwalificatie van Uber als een vervoersdienst én een dienst van de informatiemaatschappij

Schaub, M.Y.

published in

Tijdschrift voor Internetrecht
2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Schaub, M. Y. (2018). De kwalificatie van Uber als een vervoersdienst én een dienst van de informatiemaatschappij. *Tijdschrift voor Internetrecht*, 2018(3), 98-106. [UDH:IR/15063].
<https://denhollander.info/artikel/15063>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De kwalificatie van Uber als een vervoersdienst én een dienst van de informatiemaatschappij

mr. M.Y. Schaub¹

Het HvJ EU besliste in de uitspraak *Uber Systems Spain* dat de diensten van Uber niet gekwalificeerd dienen te worden als diensten van de informatiemaatschappij en buiten het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn vallen. In deze bijdrage betoog ik dat het uitsluiten van Uber van deze richtlijn niet nodig is. Als Uber wel als een dienst van de informatiemaatschappij wordt aangemerkt kunnen de lidstaten de vervoersdiensten blijven reguleren. Vanuit oogpunt van consumentenbescherming is de beslissing bovendien onwenselijk.

1. Inleiding

Het Europese hof van Justitie (HvJ EU) oordeelde op 20 december 2017 in de zaak *Uber Systems Spain* dat de diensten die Uber aanbiedt gekwalificeerd moeten worden als vervoersdiensten en niet als diensten van de informatiemaatschappij.² Het gevolg daarvan is dat Uber buiten het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn³ en het daarin opgenomen beginsel van vrijheid van dienstverlening valt. Vervoersdiensten zijn bovendien uitdrukkelijk uitgezonderd van de Dienstenrichtlijn⁴ en het daarin opgenomen beginsel van vrijheid van dienstverlening.⁵ Daardoor houden de lidstaten grip op de regulering van de activiteiten van Uber, met name op het terrein van vervoer hebben de lidstaten doorgaans regels en vergunningseisen.⁶ Gezien de betrokkenheid van Uber bij het tot stand komen en het uitvoeren van de vervoersovereenkomsten tussen de gebruikers van de boekingsapplicatie (de Uber-app) valt het inderdaad te verdedigen dat Uber gezien moet worden als aanbieder van

vervoersdiensten. De kwalificatie als vervoerder brengt mijns inziens echter niet mee dat Uber niet tevens aangemerkt kan worden als dienstverlener van de informatiemaatschappij. Kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij staat er bovendien niet aan in de weg dat lidstaten grip houden op de offline component (het vervoeren) van Uber's dienstverlening. Het is bovendien wenselijk om Uber juist wel (eveneens) als dienstverlener van de informatiemaatschappij te kwalificeren, zodat de materieelrechtelijke regels van de e-commerce richtlijn van toepassing zijn.

In deze bijdrage zal ik betogen dat het uitsluiten van de Uber-app van het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn onnodig en onwenselijk is. Daartoe zal ik als eerste in paragraaf 2 de definitie en het doel van het begrip dienst van de informatiemaatschappij uiteenzetten. In paragraaf 3 ga ik in op het (beperkte) toepassingsbereik van twee beginselen uit de e-commerce Richtlijn, te weten het beginsel van vrijheid van dienstverlening van de informatiemaatschappij en het *home state control* beginsel. De praktische implicaties van het beperkte toepassingsbereik van deze beginselen komen naar voren in de uitspraak van het HvJ EU in *Ker Optika*. Deze zaak wordt besproken in paragraaf 4. De uitspraak van het HvJ EU in *Uber Systems Spain* wordt kort samengevat in de paragrafen 5 en 6. Dit wordt gevolgd door een kritische beschouwing in paragraaf 7 en een uiteenzetting hoe de diensten van Uber wel gekwalificeerd zouden moeten worden in paragraaf 8. Paragraaf 9 gaat in op de vraag hoe omgegaan kan worden met samenloop van verschillende richtlijnen. In paragraaf 10 geef ik aan waarom het niet wenselijk is om de applicatie van Uber van het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn uit te sluiten. Deze bijdrage wordt afgerond met een korte samenvatting in paragraaf 11.

1. M.Y. Schaub is universitair docent Privaatrecht aan de VU Amsterdam.
2. HvJ EU 20 December 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Uber Systems Spain*).
3. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel'), *Pb.* 2000 L 178, p. 1.
4. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* 2006 L 376, p. 36.
5. Art. 2 (2) sub d Richtlijn 2006/123/EG.
6. Lidstaten zullen daarbij wel het primaire Europese recht in acht moeten nemen.

2. Definitie en doel van het begrip dienst van de informatiemaatschappij

De e-commerce Richtlijn definieert het begrip dienst van de informatiemaatschappij niet, maar verwijst naar de definitie opgenomen in art. 1 lid 2 van Richtlijn 98/34.⁷ Een geconsolideerde versie van deze Richtlijn (inclusief alle wijzigingen na 1998) is gepubliceerd in 2015.⁸ Een dienst van de informatiemaatschappij is volgens deze richtlijn elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht.⁹ Op het eerste gezicht is niet direct duidelijk welke diensten precies binnen dit begrip vallen. In de bijlage bij Richtlijn 2015/1535 is een indicatieve lijst opgenomen van diensten die in ieder geval niet onder deze definitie vallen.¹⁰ Het aanbieden van een applicatie waarmee vervoer kan worden geboekt staat daar in ieder geval niet op.

Kernelement in de definitie is het element 'tegen vergoeding'. Dit moet breed worden geïnterpreteerd, het is niet vereist dat de ontvanger van de dienst daarvoor een vergoeding betaalt. Het begrip omvat ook diensten die bestaan in het aanbieden van online-informatie of commerciële communicatie, of diensten die instrumenten verschaffen voor het opzoeken en ophalen van, en het toegang krijgen tot, gegevens.¹¹ In *Sotiris Papasavvas* bevestigt het HvJ EU dat het begrip ook ziet op het verlenen van online-diensten waarbij inkomen wordt gegenereerd door middel van reclame-inkomsten via de website.¹² In *L'Oréal/eBay* oordeelt het HvJ EU dat een dienst op internet die erin bestaat contact mogelijk te maken tussen verkopers en kopers van waren in beginsel kan worden aangemerkt als een dienst van de informatiemaatschappij.¹³

De definitie van het begrip dienst van de informatiemaatschappij bepaalt het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn. Deze richtlijn bevat enkele algemene beginselen en een aantal materi-

ele regels waaraan voldaan moet worden door de dienstverleners van de informatiemaatschappij. Indien een activiteit kwalificeert als een dienst van de informatiemaatschappij, dan moet voldaan worden aan de algemene informatieplichten van art. 3:15d-e BW en aan de regels met betrekking tot elektronisch contracteren en elektronische algemene voorwaarden die zijn opgenomen in art. 6:227a-c en 6:234 lid 2 BW. Dienstverleners van de informatiemaatschappij die tevens kwalificeren als een tussenpersoon als bedoeld in art. 6:196c BW (dienstverleners die informatie van anderen doorgeven en/of opslaan) kunnen onder voorwaarden een beroep doen op de vrijwaring voor aansprakelijkheid voor doorgegeven of opgeslagen informatie.

De e-commerce Richtlijn bevat verder drie beginselen. Ten eerste het zogenaamde *home state control* beginsel, welke inhoudt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de dienstverleners die op hun grondgebied zijn gevestigd voldoen aan de geldende nationale bepalingen die binnen het door de e-commerce Richtlijn gecoördineerd gebied vallen.¹⁴ De lidstaten mogen ten tweede het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied (het vrije verkeer-beginsel).¹⁵ Ten derde moeten de lidstaten ervoor zorgen dat het starten en uitoefenen van een activiteit van een dienstverlener van de informatiemaatschappij niet afhankelijk wordt gesteld van een voorafgaande vergunning of enig ander vereiste met gelijke werking (het beginsel van vrijheid van vestiging).¹⁶ Indien deze beginselen ongeclausuleerd zouden gelden, dan zouden dienstverleners van de informatiemaatschappij een grote vrijheid hebben om hun diensten op te starten en vervolgens in de hele Europese Unie te verlenen. Het toepassingsbereik is evenwel beperkt.

3. De beperkte vrijheid van de vrijheid van dienstverlening van de informatiemaatschappij

Het toepassingsbereik van het *home state control* beginsel en het vrije verkeer beginsel ten aanzien van dienstverlening van de informatiemaatschappij wordt op drie manieren beperkt. De bijlage bij de e-commerce Richtlijn zondert acht onderwerpen expliciet uit van het toepassingsbereik, waaronder auteursrechten, elektronisch geld, de vrijheid om toepasselijk recht te kiezen en contractuele verplichtingen betreffende consumentenovereenkomsten.¹⁷

Daarnaast is het de lidstaten op grond van art. 3 lid 4 van de e-commerce Richtlijn toegestaan om de vrijheid van de dienstverlening te beperken als

7. Richtlijn 98/34 van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, *Pb.* 1998 L 204, p. 37.

8. Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (Voor de EER relevante tekst), *Pb.* 2015 L 241, p. 1.

9. Art. 1(1) Richtlijn (EU) 2015/1535. De definitie is in het BW te vinden in art. 3:15d lid 3 BW.

10. Bijlage 1 bij Richtlijn (EU) 2015/1535. Deze lijst vermeldt onder meer: de raadpleging van een elektronische catalogus in een winkel, elektronische spelletjes in een speelhal, geldautomaten, automaten voor treinkaartjes, parkeerplaatsen en tolwegen en televisie- en radio omroepdiensten.

11. Zie overweging 18 bij Richtlijn 2000/31/EG.

12. HvJ EU 11 september 2014, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209 (*Sotiris Papasavvas*).

13. HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), nr. 109.

14. Art. 3(1) Richtlijn 2000/31/EG.

15. Art. 3(2) Richtlijn 2000/31/EG.

16. Art. 4(1) Richtlijn 2000/31/EG.

17. Bijlage bij Richtlijn 2000/31/EG (Afwijkingen van art. 3).

dit noodzakelijk is gezien de openbare orde, de bescherming van de volksgezondheid, de openbare veiligheid en de bescherming van consumenten.¹⁸ De derde en tevens belangrijkste limitering is de reikwijdte van het gecoördineerd gebied. De beginselen gelden alleen voor bepalingen die hierbinnen vallen.¹⁹

Het gecoördineerd gebied betreft de in de nationale rechtsstelsels vastgelegde vereisten voor dienstverleners en diensten van de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden. Het gecoördineerd gebied omvat met name vereisten waaraan de dienstverlener moet voldoen met betrekking tot het starten van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake kwalificatie, vergunning en aanmelding en het uitoefenen van een activiteit van een dienst van de informatiemaatschappij, zoals vereisten inzake gedrag van de dienstverlener, vereisten inzake kwaliteit en inhoud van de dienst inclusief inzake reclame en contracten of vereisten inzake de aansprakelijkheid van de dienstverlener. Het gecoördineerd gebied omvat niet vereisten met betrekking tot goederen als zodanig en de levering van goederen en diensten die niet langs elektronische weg verleend worden.²⁰

Evenals de definitie van het begrip diensten van de informatiemaatschappij, biedt de definitie van het begrip gecoördineerd gebied op het eerste gezicht niet direct veel houvast wat betreft de reikwijdte. Dit wordt treffend verwoord in de parlementaire geschiedenis bij de implementatie van de e-commerce Richtlijn, waar opgemerkt wordt dat de definitie niet zodanig is dat daaruit met grote stelligheid valt af te leiden welke nationale regelingen hier precies toe moeten worden gerekend.²¹

Wel is in de definitie geëxpliciteerd dat het gecoördineerd gebied in ieder geval niet de eisen omvat met betrekking tot goederen als zodanig en de levering van goederen en diensten die niet langs elektronische weg verleend worden.²² Dit wordt nogmaals onderstreept door overweging 21 bij de e-commerce Richtlijn waar wordt aangegeven dat het gecoördineerd gebied alleen betrekking heeft op vereisten voor online-activiteiten, zoals online-informatie, online-reclame, online-winkelen en online-contracteren.²³

4. De scheiding tussen online en offline

De reikwijdte van het gecoördineerd gebied brengt mee dat door de e-commerce Richtlijn een tweedeling wordt gemaakt tussen online en offline-activiteiten. Aan een online-activiteit, zoals online-contracteren met betrekking tot goederen en diensten, moet weliswaar grote vrijheid toekomen, maar aan de fysieke levering van de goederen of diensten kunnen wel eisen worden gesteld door de lidstaten. Deze tweedeling en de praktische gevolgen daarvan komen naar voren in de uitspraak van het HvJ EU in *Ker Optika* over de online verkoop van contactlenzen.²⁴

ANTSZ (een overheidsinstelling in Hongarije) had Ker-Optika verboden om online contactlenzen te verkopen, omdat op basis van de Hongaarse regelgeving contactlenzen slechts in de handel gebracht mochten worden in speciaalzaken voor medische hulpmiddelen. Ker-Optika stelde zich op het standpunt dat de verkoop van contactlenzen via internet op grond van de e-commerce Richtlijn niet mag worden beperkt. ANTSZ betoogde dat voor de verkoop van contactlenzen een medisch consult nodig is waarbij lichamelijk onderzoek vereist is, zodat deze activiteiten, die van nature niet op afstand verricht kunnen worden, geen diensten van de informatiemaatschappij kunnen zijn. Dit argument is ontleend aan de laatste zin van overweging 18 bij de e-commerce Richtlijn. Daar staat dat activiteiten die van nature niet op afstand en met behulp van elektronische middelen kunnen worden verricht, zoals een medisch consult waarbij een lichamelijk onderzoek van de patiënt vereist is, geen diensten van de informatiemaatschappij zijn.²⁵

Het HvJ EU oordeelt in *Ker-Optika* dat het online verkopen van contactlenzen binnen het gecoördineerde gebied valt en dat elektronisch contracteren volgens art. 9 lid 1 en overweging 34 van de e-commerce Richtlijn mogelijk moet zijn.²⁶ Het HvJ EU constateert verder dat de vereisten met betrekking tot het leveren van goederen, waaronder leveringsvoorwaarden voor contactlenzen, buiten het door de richtlijn gecoördineerd gebied vallen.²⁷ Enerzijds mag de verkoop van contactlenzen via internet dus niet beperkt worden, maar er mogen wel nationale eisen gesteld worden aan de lenzen en aan de levering daarvan.

Dan volgt een derde beoordeling, welke verband houdt met de hiervoor genoemde laatste zin van overweging 18 van de e-commerce Richtlijn. Het HvJ EU onderzoekt of een medisch consult (waarbij een lichamelijk onderzoek vereist is) onlosmakelijk verbonden is aan de verkoop van contactlenzen. In-

18. Art. 3(4) Richtlijn 2000/31/EG, maatregelen moeten onder meer evenredig zijn en de lidstaten moeten de Commissie in kennis stellen van dergelijke maatregelen.

19. De beperking van het beginsel van vrijheid van vestiging laat ik in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

20. Art. 2 sub h Richtlijn 2000/31/EG.

21. Zie *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 19.

22. Art. 2 sub h onder ii Richtlijn 2000/31/EG.

23. Overweging 21 bij Richtlijn 2000/31/EG.

24. HvJ 2 december 2010, C-108/09, ECLI:EU:C:2-10:725 (*Ker Optika*).

25. Overweging 18 bij Richtlijn 2000/31/EG noemt naast een medische consult de controle van rekeningen van ondernemingen als voorbeeld van een activiteit die geen dienst van de informatiemaatschappij kan zijn.

26. Zie nr. 28 *Ker Optika*.

27. Zie nrs. 29-31 *Ker Optika*.

dien dat het geval is, heeft dat volgens het HvJ EU tot gevolg dat de online-verkoop uiteindelijk buiten de werkingssfeer van de Richtlijn valt. Het HvJ EU oordeelt evenwel dat een medisch consult niet onlosmakelijk verbonden is met de verkoop van contactlenzen. Een oogmeting is in beginsel alleen nodig bij de eerste levering van contactlenzen, bij latere leveringen is een nieuwe meting niet noodzakelijk.²⁸

Mijns inziens wordt hier door het HvJ een aanvullende eis gesteld die uit de e-commerce Richtlijn niet valt af te leiden, te weten dat het onlosmakelijk verbonden zijn met een offline activiteit tot gevolg zou hebben dat de online-activiteit buiten de werking van de richtlijn valt. De laatste zin van overweging 18 verduidelijkt dat offline-activiteiten geen dienst van de informatiemaatschappij kunnen zijn, maar daarmee wordt niet gesteld dat een online activiteit die met die offline-activiteit gemoeid is geen dienst van de informatiemaatschappij kan zijn.

De e-commerce Richtlijn gaat juist op meerdere punten uitdrukkelijk uit van het gegeven dat bepaalde activiteiten zowel een online als een offline-component kennen, waarbij het ene deel wel onder de richtlijn valt en het andere deel niet, terwijl die beide activiteiten toch onlosmakelijk met elkaar verbonden kunnen zijn. Zonder de online-verkoop is er bijvoorbeeld geen offline-leveringsverplichting. Hoe dan ook, het HvJ EU is van mening dat een onderzoek aan de ogen niet onlosmakelijk verband houdt met de verkoop van contactlenzen zodat de gedachtegang van het hof verder geen gevolgen heeft voor de uitkomst van de zaak.

De e-commerce Richtlijn laat de regeling ten aanzien van de fysieke levering van contactlenzen dus ongemoeid, maar het HvJ EU toetst de Hongaarse regels ook nog aan het primaire Europese recht ten aanzien van het vrij verkeer van goederen en oordeelt dat het primaire recht zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke contactlenzen uitsluitend in speciaalzaken mogen worden geleverd. De nationale eis die aan de fysieke levering wordt gesteld sneuvelt dus alsnog over de band van het primaire Europese recht.²⁹

5. Uber Systems Spain

In de zaak *Uber Systems Spain*³⁰ gaat het om de online-boekingsapplicatie van Uber (de Uber-app) waarmee non-professionele bestuurders (die hun eigen auto gebruiken) hun vervoersdiensten kun-

nen aanbieden aan gebruikers van de applicatie die op zoek zijn naar een rit (UberPop). Een taxibedrijf uit Barcelona (Elite Taxi) vordert een verbod van deze activiteiten van Uber in Barcelona, omdat noch Uber, noch de bestuurders de volgens de lokale taxi-wetgeving vereiste vergunningen hebben. De vragen die aan het HvJ EU worden voorgelegd betreffen de kwalificatie van de diensten van Uber om de toepasselijkheid van de e-commerce Richtlijn, de Dienstenrichtlijn en het primaire EU recht-beginsel ten aanzien van het vrije verkeer van diensten te kunnen bepalen.

Het HvJ EU begint met de constatering dat het in contact brengen van vraag en aanbod een aparte dienst is die los staat van het fysieke vervoeren en dat elk van die diensten in verband kunnen worden gebracht met verschillende richtlijnen of bepalingen van het VWEU.³¹ Een bemiddelingsdienst waarmee via een smartphoneapp informatie kan worden uitgewisseld over de reservering van een transportdienst tussen de passagier en de particuliere bestuurder die het transport zal uitvoeren met zijn eigen voertuig beantwoordt volgens het HvJ EU in beginsel aan de criteria voor de kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij, terwijl het vervoer gekwalificeerd moet worden als een transportdienst als bedoeld in art. 2 lid 2 Dienstenrichtlijn.³² Deze bepaling zondert vervoersdiensten overigens uitdrukkelijk uit van de toepassing van de Dienstenrichtlijn.

Hoewel in de algemene voorwaarden door Uber wordt benadrukt dat het bedrijf geen vervoersdiensten aanbiedt, maar (slechts) een technologisch platform voor de planning van vervoersdiensten met externe leveranciers,³³ stelt het HvJ EU vast dat Uber meer doet dan enkel de mogelijkheid bieden aan chauffeurs en klanten om elkaar te vinden via een smartphone applicatie.³⁴ De intermediaire onlinedienst die Uber verleent moet volgens het HvJ EU gezien worden als een integraal onderdeel van een dienstenpakket, waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoersdienst, zodat de dienstverlening als geheel kwalificeert als een vervoersdienst en niet als een dienst van de informatiemaatschappij.³⁵ De e-commerce Richtlijn is volgens het HvJ EU dus niet van toepassing op de Uber-app.

Wat betreft primair Europees recht valt de dienstverlening van Uber (inclusief de Uber-app) volgens het HvJ EU niet onder de vrijheid van dienstverlening in het algemeen, maar onder art. 58 lid 1 VWEU ten aanzien van het vrije verkeer van diensten op het gebied van vervoer. Het HvJ EU signaleert dat er geen gemeenschappelijke regels zijn op het terrein van niet-collectief stadsvervoer, zodat het aan de lidstaten is om de voorwaarden vast te stellen voor het leveren van de bemiddelingsdien-

28. Zie nr. 71 *Ker Optika*.

29. Zie nrs. 41-78 van *Ker Optika*. Over de toetsing aan het vrij verkeer van goederen in deze zaak zie de noot van J.W. Rutgers, 'Enkele opmerkingen bij HvJ 2 december 2010 (*Ker-Optika Bt./ANTZ Dél-Dunántúli Regionális Intézet*)', *TvC* 2012/2, p. 82-86 en H.A.G. Temmink, 'Verbod van verkoop van contactlenzen via internet is in strijd met het EU-recht', *NtER* 2011/1, p. 1-6.

30. HvJ EU 20 December 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Uber Systems Spain*).

31. Nr. 34 *Uber Systems Spain*.

32. Zie nrs. 35-36 *Uber Systems Spain*.

33. Zie art. 2 van de algemene voorwaarden te vinden op <https://www.uber.com/nl/legal/terms/nl/>.

34. Zie nr. 37 *Uber Systems Spain*.

35. Zie nr. 40 *Uber Systems Spain*.

sten (met inachtneming van de algemene regels van het VWEU).³⁶

6. Uber is geen neutrale intermediair

De kwalificatie van de diensten van Uber als vervoersdiensten wordt door het HvJ EU gebaseerd op enkele observaties ten aanzien van de activiteiten van Uber. De particuliere chauffeurs zouden zonder Uber geen vervoersdiensten aanbieden en de klanten zouden zonder Uber niet van de diensten van deze chauffeurs gebruik kunnen maken. Uber creëert derhalve door middel van de boekings-applicatie vraag en aanbod. Daarnaast heeft Uber beslissende invloed op de voorwaarden van de diensten die door de chauffeurs worden aangeboden, waaronder de bepaling van de maximum ritprijs. Ook regelt Uber de betaling, waarbij een bedrag wordt achtergehouden voordat de chauffeur wordt betaald. Uber heeft verder invloed op de kwaliteit van de auto's, de chauffeurs en hun gedrag.³⁷ Chauffeurs die niet aan de eisen van Uber voldoen kunnen van de applicatie worden uitgesloten.³⁸ In het Verenigd Koninkrijk is de controle die Uber uitoefent op de inhoud van het contract, op de auto's en op de chauffeurs een belangrijke argument geweest bij de beslissing om de chauffeurs aan te merken als 'worker' (in plaats van onafhankelijke chauffeurs) met de bij die kwalificatie horende arbeidsrechtelijke rechten.³⁹ De arbeidsrechtelijke positie van de chauffeurs komt in de *Uber Systems Spain* uitdrukkelijk niet aan de orde, maar is wel aan deze problematiek gerelateerd. De actieve rol van Uber met betrekking tot de inhoud en de uitvoering van de contracten is in beide vraagstukken van belang. Indien vastgesteld kan worden dat een chauffeur gezien moet worden als een werknemer, zal in het verlengde daarvan vastgesteld kunnen worden dat de passagier niet met de chauffeur contracteert, maar met Uber.⁴⁰

7. De kwalificatie van gemengde diensten

Hoe dan ook, het is duidelijk dat de vervoersdiensten en de Uber-app onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Om die reden kan volgens het HvJ EU de Uber-app niet gezien worden als een dienst van de informatiemaatschappij. Uit de uitspraak volgt evenwel niet *waarom* de kwalificatie van de activiteiten van Uber als vervoersdienst meebrengt dat de Uber-app niet gekwalificeerd zou kunnen worden een dienst van de informatiemaatschappij. Dit is een belangrijk punt, want het één (kwalificatie als vervoerder) sluit het ander (kwalificatie als dienstverlener van de informatiemaatschappij) mijns inziens niet uit.

De conclusie van A-G Szpunar⁴¹ (welke door het HvJ EU is gevolgd) bevat wel een toelichting op dit punt. De A-G is van mening dat in geval van gemengde diensten (dat wil zeggen diensten met elektronische en niet-elektronische componenten) de online-component enkel als een dienst van informatiemaatschappij is aan te merken als de offline te leveren prestatie economisch onafhankelijk is van de online-dienst.⁴²

Dit volgt volgens de A-G uit de doelstelling van de e-commerce Richtlijn, te weten het verwezenlijken van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij. De richtlijn zou niet zijn gericht op elektronische diensten die geen autonome economische betekenis hebben, omdat het zinloos zou zijn om een ondergeschikt deel van een meeromvattende prestatie te liberaliseren, terwijl die dienst vervolgens niet geleverd kan worden, omdat de component van dienstverlening die buiten de richtlijn valt wel beperkt mag worden.⁴³

In de kern komt het er dus op neer dat de A-G van mening is dat online-dienstverlening die verbonden is aan offline-prestaties die niet geliberaliseerd zijn niet binnen het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn vallen, omdat liberalisatie van die online-diensten zinloos zou zijn. Ik ben het eens met de A-G dat liberalisatie van een online-applicatie zinloos is als de daaraan gerelateerde offline-activiteiten nog steeds beperkt kunnen worden (en ook worden beperkt) door de lidstaten. De beperkingen die worden gesteld aan offline-activiteiten zullen immers praktisch gezien ook de online-activiteiten beperken. Dat is het gevolg van het feit dat de e-commerce Richtlijn onderscheid maakt tussen offline en online, waarbij enkel de online-component wordt geliberaliseerd. Dat brengt mijns inziens evenwel niet mee dat de aan de offline-activiteiten gerelateerde online-diensten niet gezien kunnen worden als dienst van de informatiemaatschappij.

36. Zie nrs. 44-47 *Uber Systems Spain*.

37. Zie nrs. 38-40 *Uber Systems Spain*.

38. Een beschrijving van de wijze waarop Uber functioneert is beschreven in vele publicaties, zie bijvoorbeeld: M.J. Sørensen, 'Private Law perspectives on Platform Services. Uber – a business model in search of a new contractual legal frame?', *EuCML* 2016/1.

39. *Aslam v Uber BV* [2017] I.R.L.R. 4 (28 October 2016). Zie over deze zaak: M.M. van den Berg, 'The (possible) impact and consequences of *Aslam and others v Uber BV* and others for the industry in the UK and The Netherlands', *TvAO* 2017/3, p. 144-152. Vgl. ook O'Connor et al. v. *Uber Technologies Inc et al.* No. C-13-3826 EMC, United States District Court, N.D. California (11 March 2015).

40. In die zin M.J. Sørensen, 'Private Law perspectives on Platform Services. Uber – a business model in search of a new contractual legal frame?', *EuCML* 2016/1, par. III-1.

41. Conclusie van A-G Szpunar van 11 mei 2017, zaak C-434/15, ECLI:EU:C:2017:364 (Conclusie bij *Uber Systems Spain*).

42. Nr. 33 Conclusie bij *Uber Systems Spain*.

43. Nr. 31 Conclusie bij *Uber Systems Spain*.

Het komt mij voor dat het onderscheid dat gemaakt kan worden tussen de Uber-app waar ritten mee geboekt kunnen worden en de te leveren vervoersdienst vergelijkbaar is met het onderscheid dat gemaakt kan worden tussen online-verkoop van zaken en de daaraan gerelateerde offline-levering van die zaken. Ingevolge overweging 18 bij de e-commerce Richtlijn valt de online-verkoop van goederen binnen het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn, terwijl de levering van goederen als zodanig, of de verstrekking van offline-diensten niet onder de richtlijn vallen. Dit blijkt ook uit de hierboven besproken uitspraak in *Ker-Optika*.

Volgens de A-G gaat de vergelijking met verkoop van zaken evenwel niet op, omdat zijns inziens bij online-verkoop de transactie de belangrijkste component zou zijn van de activiteiten. Bij de online-verkoop van zaken worden volgens de A-G de belangrijkste bestanddelen van de transactie (aanbod, aanvaarding, het sluiten van de overeenkomsten en vaak ook betaling) langs elektronische weg verricht. De levering van de zaak vormt volgens de A-G slechts de uitvoering van een contractuele verplichting.⁴⁴

Mij lijken de levering van zaken en de levering van vervoersdiensten beide in de kern de uitvoering van een contractuele verbintenis. Noch de conclusie van de A-G, noch de uitspraak van het HvJ EU maken duidelijk waarom bij de verkoop van zaken de online transactie het belangrijkste bestanddeel zou zijn, terwijl bij de levering van vervoersdiensten de online transactie ondergeschikt is aan het leveren van de dienst. In beide gevallen zou het online sluiten van de overeenkomst binnen het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn moeten vallen en krijgt de handelaar als gevolg daarvan twee kwalificaties: de verkoper en de vervoerder zijn tevens dienstverleners van de informatiemaatschappij.⁴⁵

8. Uber: zowel een vervoersdienst als een dienst van de informatiemaatschappij

Bij de kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij is mijns inziens niet relevant om te bezien of een online-activiteit ondergeschikt (of onlosmakelijk verbonden) is aan een offline-activiteit. Elke handelsgelateerde online-activiteit kan dan gekwalificeerd worden als een dienst van de informatiemaatschappij, ook als die activiteit ondergeschikt, secundair of voorbereidend is aan een

offline-activiteit.⁴⁶ Daarbij ga ik ervan uit dat bepalend voor de kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij is dat het moet gaan om een online economische activiteit.⁴⁷ Dit wordt ondersteund door overweging 18 van de e-commerce Richtlijn waar wordt aangegeven dat diensten van de informatiemaatschappij een grote verscheidenheid aan economische activiteiten bestrijken.

Dat activiteiten die ondergeschikt of niet autonoom zijn geen diensten van de informatiemaatschappij kunnen zijn valt uit de richtlijn niet af te leiden. Er kan vanuit worden gegaan dat de Uber-app in beginsel een economische waarde heeft als bedoeld in de e-commerce Richtlijn, want de mogelijkheid om diensten online te bestellen heeft een toegevoegde waarde voor iedere handelaar die diensten aan de man wil brengen. Het uitsluiten van online-activiteiten die een integraal onderdeel zijn van offline-activiteiten zou een zeer smal toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn tot gevolg hebben die juist strijdig is met de doelen van de richtlijn.

Er lijkt in *Uber Systems Spain* sprake te zijn van een doelredenering, namelijk verzekeren dat de lidstaten grip houden op vervoersdiensten. Het uitsluiten van de Uber-app van het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn is voor het bereiken van dat doel evenwel niet nodig. Gezien het beperkte toepassingsbereik van het gecoördineerd gebied en daarmee het vrije verkeer beginsel van de e-commerce Richtlijn is het niet nodig om de app van de richtlijn uit te sluiten. Ook als de app als dienst van de informatiemaatschappij wordt aangemerkt kunnen lidstaten de vervoersdiensten blijven reguleren.⁴⁸ Kwalificatie van de Uber-app als een dienst van de informatiemaatschappij staat er dus niet aan in de weg om de diensten van Uber daarnaast te kwalificeren als vervoersdiensten in de zin van de Dienstenrichtlijn.⁴⁹

9. Omgaan met samenloop van richtlijnen

In *Uber Systems Spain* draait het in wezen om een vraagstuk van samenloop: welke van de meerdere mogelijke toepasselijke richtlijnen moet worden toegepast? De redenering waarmee het HvJ EU dit vraagstuk benadert is ontleend aan de gedachtegang die in het kader van primair EU-recht wordt toegepast in gevallen waarbij handelsactiviteiten binnen de reikwijdte van meerdere fundamentele

44. Nr. 36 Conclusie bij *Uber Systems Spain*.

45. In die zin ook C. Wendehorst, 'Platform intermediary Services and Duties under the E-commerce Directive and the Consumer Rights Directive', *EuCML*, 2016/1, par 3a; A. de Vries-Stotijn, 'De status van Uber – Wie betaalt er aan het eind van de rit?', *TvC* 2016/3, p. 101-102; C. Riefa, *Consumer Protection and Online Auction Platforms* (Ashgate 2015), p. 58-61.

46. In tegenstelling tot wat de A-G betoogt in nr. 37 Conclusie bij *Uber Systems Spain*.

47. Of de e-commerce Richtlijn ook van toepassing is op consumenten op privé personen die goederen of dienst op internet aanbieden (C2C en C2B) laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

48. Ik kan mij goed vinden in de analyse die A-G Szpunar maakt in zijn slotopmerkingen, zie nrs. 74-90 van de Conclusie bij *Uber Systems Spain*.

49. Tot deze bevinding komt ook A. de Vries-Stotijn, 'Ontwikkelingen in het EU-recht: Uber een vervoersaanbieder?', *TvC* 2017/4, p. 176.

vrijheden vallen. Als een nationale regel die de desbetreffende handelsactiviteiten beperkt zowel het vrije verkeer van goederen als het vrije verkeer van diensten raakt, dan wordt bezien welk deel van de handelsactiviteiten ondergeschikt is aan de andere. De nationale regel wordt vervolgens beoordeeld in het kader van de fundamentele vrijheid van het overheersende deel van de activiteit.⁵⁰

Deze benadering past niet in het voorliggende geval, waarbij de activiteiten van Uber zowel te kwalificeren zijn als vervoersdiensten in de zin van de Dienstenrichtlijn als diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in de e-commerce Richtlijn.⁵¹ In dit geval moet als eerste worden bezien of de desbetreffende richtlijnen bepalingen bevatten die de relatie tussen beide richtlijnen adresseren.

Art. 3 lid 1 Dienstenrichtlijn bepaalt dat indien de bepalingen van de Dienstenrichtlijn strijdig zijn met een bepaling van andere communautaire regelgeving die betrekking heeft op specifieke aspecten van de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in specifieke sectoren of voor specifieke beroepen dat de bepaling van de andere communautaire regelgeving voorrang heeft en van toepassing is op die specifieke sectoren of beroepen. De e-commerce Richtlijn kan gezien worden als een richtlijn die een specifiek aspect van de dienstenactiviteit van Uber reguleert als bedoeld in deze bepaling. Vervolgens vergt art. 3 lid 1 Dienstenrichtlijn dat moet worden vastgesteld of de bepalingen van de e-commerce Richtlijn en de Dienstenrichtlijn strijdig zijn met elkaar. Als dat niet het geval is, dan hoeft de e-commerce Richtlijn geen voorrang te krijgen, maar kunnen beide richtlijnen naast elkaar worden toegepast.

Gezien de materiële bepalingen en het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn kan geconstateerd worden dat er in dit geval geen sprake is van strijdigheid. Beide richtlijnen bevatten weliswaar een vrij-verkeer beginsel voor diensten, waarbij vervoersdiensten uitdrukkelijk buiten dit beginsel zoals neergelegd in de Dienstenrichtlijn vallen. Maar, er is hier geen sprake van overlap of strijdigheid, want het vrije verkeersbeginsel van de e-commerce Richtlijn ziet immers ook niet op de vervoersdiensten van Uber, maar enkel op de online-activiteiten van Uber.

Terzijde kan worden opgemerkt dat er ook geen strijdigheid is ten aanzien van de materiële verplichtingen die uit beide richtlijnen voortvloeien. Het betreft informatieplichten die niet strijdig zijn met elkaar en zelfs in grote mate overlappen.⁵² Uber zou zonder problemen aan de informatieplichten die uit beide richtlijnen voortvloeien kunnen voldoen. Uber is evenwel niet onderworpen aan de informatieplichten van de Dienstenrichtlijn, omdat vervoersdiensten op grond van art. 2 lid 2 sub d buiten het toepassingsbereik van deze verplichtingen vallen.

Deze benadering bij samenloop van richtlijnen, waarbij concreet wordt bezien of er een samenloop-probleem is, sluit aan bij de algemene uitgangspunten die in het Nederlandse civiele recht worden gehanteerd bij samenloop. Samenlopende regels zijn in beginsel naast elkaar van toepassing (cumulatie), tenzij dat niet mogelijk is omdat de regels niet tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn. In dat geval is het aan de eiser om te kiezen op welke regel deze zich wenst te beroepen (alternativiteit), tenzij dat onlogisch zou zijn en dan komt exclusiviteit in beeld. Exclusiviteit in de zin dat de ene regel de ander verdringt is (pas) aan de orde als de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.⁵³ Deze uitgangspunten zijn door Bakels aangevuld met een concreter stappenplan waarbij de eerste stap is dat moet worden bezien of de wetgever in de gevolgen van de desbetreffende samenloop heeft voorzien.⁵⁴ Wat belangrijk is om op te merken is dat het adagium '*lex specialis derogat lex generalis*' niet altijd zonder meer als uitgangspunt kan dienen bij samenloop van regels, maar dat dit aan de orde komt als beide toepasselijke regels niet tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn.

10. De uitsluiting van Uber van de e-commerce Richtlijn is onnodig en ongewenst

Hiervoor (in paragraaf 8) betoogde ik dat het uitsluiten van de Uber-app van de e-commerce Richtlijn onnodig is gezien het beperkte toepassingsbereik van het gecoördineerde gebied en in het verlengde daarvan het vrije-verkeer beginsel van deze richtlijn. Er zijn drie redenen waarom het buiten spel zetten van de richtlijn ook onwenselijk is.

Ten eerste kan worden opgemerkt dat de e-commerce Richtlijn meer bevat dan enkel het vrije-ver-

50. Zie bijvoorbeeld HvJ 24 maart 1994, C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119 (*Schindler*). Zie hierover M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland*, Amsterdam: Bju 2015, p. 169-170. De redenering wordt ook wel aangemerkt als de zwaartepunttheorie, zie M.R. Botman, 'Uber: online dienst of vervoersbedrijf?', *NtER* 2018/1-2, par 4.

51. Dat is hier het geval, het HvJ EU begint met de constatering dat de online-bemiddelingsdienst in beginsel aan de criteria voor kwalificatie als dienst van de informatiemaatschappij beantwoordt en daarna komt het op basis van de kenmerken van de dienstverlening tot de conclusie dat Uber vervoersdiensten verleent waardoor de samenloopvraag ten aanzien van de e-commerce Richtlijn en de Dienstenrichtlijn zich aandient.

52. Over de verhouding tussen de informatieplichten ten aanzien van algemene voorwaarden uit deze richtlijnen zie M.Y. Schaub, 'Richtlijnconforme interpretatie bij de informatieplicht van algemene voorwaarden voor dienstverleners', *Contracteren* 2013/1, p. 1-7 (met name paragraaf 4).

53. Zie onder meer HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414 (*Fernhout/Essent*), overweging 4.2 en HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:AE8194 (*AVO/Petri*), overweging 3.7.2.

54. Zie F. Bakels, *Aspecten van samenloop* (deel I en II), WPNR 2009/6796 en 6797, par. V.

keer beginsel, namelijk algemene informatieplichten die zich richten op de identiteit van de handelaar, transparantie-eisen ten aanzien van de elektronische bestelprocedure en bepalingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de intermediaire dienstverlener voor informatie die door anderen via de applicatie wordt gedeeld.⁵⁵ Stel nu dat Uber en de chauffeurs wél de benodigde taxi-vergunningen zouden verkrijgen. Het contracteren via de Uber-app zou dan niet hoeven te voldoen aan de transparantie-eisen die de e-commerce Richtlijn stelt aan het online-contracteren. Ook de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)⁵⁶ koppelt de toepassing van enkele bepalingen die de consumenten beschermen aan het begrip dienst van de informatiemaatschappij,⁵⁷ deze bepalingen zijn in het verlengde van de beslissing in *Uber Systems Spain* niet van toepassing op Uber (en vergelijkbare platformen).

Dat lijkt me niet de bedoeling en vanuit het perspectief van consumentenbescherming ongewenst, de in B2C-relaties dwingendrechtelijke regels van de e-commerce Richtlijn zijn dan niet van toepassing.⁵⁸ Uber is bijvoorbeeld niet verplicht om transparant te zijn over de inrichting van de bestelprocedure en niet verplicht een boeking te bevestigen.⁵⁹

Ten tweede compliceert de uitspraak in *Uber Systems Spain* het toch al lastige begrip dienst van de informatiemaatschappij doordat een extra element aan de definitie wordt toegevoegd. Volgens het HvJ EU moet onderzocht worden of de online activiteit een autonome economische waarde heeft. Afhankelijk van de mate van betrokkenheid bij het sluiten van de overeenkomsten, de uitvoering van de offline diensten en de vraag of een applicatie ondergeschikt is aan de daaraan gerelateerde offline-diensten zal een online-applicatie al dan niet binnen het bereik van de richtlijn vallen. Hoe deze toets in het kader van andere online-intermediaire diensten moet worden toegepast zal nog moeten blijken.⁶⁰ Het is bijvoorbeeld denkbaar dat een online-platform waar schoonmakers gevonden kunnen wor-

den buiten het bereik van de e-commerce Richtlijn valt als de schoonmakers worden gescreend en er betrokkenheid is van het platform bij het opstellen van de contracten.

Ten derde wordt het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn ernstig versmald. Daarmee worden de doelstellingen van deze richtlijn ondergraven en wordt de regelgeving ten aanzien van elektronisch contracteren (verder) gefragmenteerd.⁶¹ Een neutrale online-intermediair kwalificeert wel als dienst van de informatiemaatschappij en moet (onder meer) aan de transparantie-eisen van de richtlijn voldoen, maar een actieve intermediair (die vergelijkbaar is met Uber) niet. En hoe zit het met onafhankelijke vervoerders die via een neutraal intermediair platform hun vervoersdiensten aanbieden, zijn dat dan wel zowel vervoerders als dienstverleners van de informatiemaatschappij?

In het verlengde van Uber zou bijvoorbeeld bij een hotel dat een online-reserveringssysteem heeft het online-boeken van een kamer niet binnen het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn vallen, omdat de online-boeking gezien kan worden als een integraal onderdeel van de hoofddienst die door het hotel wordt aangeboden: logies. Mij lijkt dat het juist de bedoeling van de e-commerce Richtlijn is geweest om alle elektronische bestelprocedures transparant te laten verlopen.

11. Slot

De invloed van Uber op de contracten die via de online-applicatie worden gesloten en de invloed op de uitvoering van die contracten rechtvaardigt dat Uber wordt gekwalificeerd als vervoersaanbieder als bedoeld in art. 2 lid 2 sub d Dienstenrichtlijn. Maar dat brengt mijns inziens niet mee dat de Uber-app geen dienst van de informatiemaatschappij kan zijn. Integendeel, de e-commerce Richtlijn richt zich uitdrukkelijk op online activiteiten en laat daaraan gerelateerde offline-activiteiten onverlet. De vraag of de online-activiteiten een integraal onderdeel vormen van offline-activiteiten is bij de kwalificatievraag m.i. niet van belang.

Het uitsluiten van Uber van het toepassingsbereik van de e-commerce Richtlijn is onnodig. De kwalificatie van de activiteiten van Uber als zowel vervoersdienst als dienst van de informatiemaatschappij levert geen problemen op. Zo is er geen overlap van de vrije-verkeer beginselen die uit de e-commerce Richtlijn en de Dienstenrichtlijn voortvloeien. Het vrij verkeer beginsel van de e-commerce Richtlijn ziet enkel op de online-activiteiten en niet op de vervoersactiviteiten. Ook

55. Zie art. 3:15d-f, 6:227a-c en 6:196c BW. Deze lacune wordt slechts deels ondervangen door informatieplichten uit andere richtlijnen.

56. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *Pb.* L 119, p. 1-88.

57. Zie bijvoorbeeld art. 8, 17 en 21 AVG.

58. Hetzelfde geldt in B2B verhoudingen: ook de zakelijk Uber-klant wordt niet beschermd door de materiële bepalingen van de e-commerce Richtlijn, met dit verschil dat de regels van de e-commerce Richtlijn in de zakelijke relatie niet van dwingendrechtelijke aard zijn.

59. Zie art. 6:227b-c BW.

60. Botman stelt dat het al de vraag is of het arrest één-op-één kan worden toegepast op andere varianten van Uber, zie M.R. Botman, 'Uber: online dienst of vervoersbedrijf?', *NtER* 2018/1-2, par. 43.

61. De regels die relevant zijn voor elektronisch contracteren zijn afkomstig uit verschillende richtlijnen en zijn op verschillende plaatsen in het BW te vinden, zie hierover M.Y. Schaub, 'Een stevig web van regels voor het sluiten van elektronische overeenkomsten', *SEW* 2014/10, p. 443-453.

het vrije verkeer beginsel van de Dienstenrichtlijn is niet van toepassing op de vervoersactiviteiten, omdat vervoersdiensten uitdrukkelijk van het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn zijn uitgezonderd.

Daarnaast is het buiten spel zetten van de e-commerce Richtlijn ongewenst. De uitspraak in *Uber Systems Spain* compliceert en fragmenteert de toepassing van de e-commerce Richtlijn en de bescherming die de richtlijn biedt aan afnemers van online-diensten is voor afnemers van Uber (en vergelijkbare intermediaire platformen) weggevallen.